

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/74138>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

JOR 2008/117

Rechtbank Utrecht

6 februari 2008, HA ZA 07-526; LJN
BC3686.

(Mr. Praamstra)

Mr. P.J. Neijt te Utrecht,
in zijn hoedanigheid van curator in het
faillissement van Restaurant
Die Twee BV,
eiser,
procureur: mr. M.E.G. Murris,
tegen
Bavaria NV te Utrecht,
gedaagde,
procureur: mr. P.J. Soede.

Haviltex-maatstaf van toepassing op vraag
wie partij is bij pandakte BV i.o. na
oprichting BV, Indien kredietverstrekker
afstand doet van pandrecht in kader van
vrijwillige verkoop, en de opbrengst met
instemming van de verkoper rechtstreeks
aan zich laat voldoen, is art. 54 Fw niet van
toepassing, Vordering gaat door betaling
teniet en niet door verrekening, Verwijzing
naar Hof Arnhem 21 maart 2006, «JOR»
2006/140, Geen benadeling overige
crediteuren

[Fw - 42; 47; 54]

» Samenvatting

Tussen partijen is niet in geschil dat de
overeenkomsten (mede) zijn gesloten met
Die Twee i.o. Uit de inhoud van de
pandakte is af te leiden dat het pandrecht is
gevestigd ten behoeve van (toekomstige)
vorderingen uit hoofde van
huurovereenkomsten, schuldbekentenissen
en afname van drank die Bavaria op Die
Twee i.o. heeft of zal verkrijgen. Die Twee
heeft de huurovereenkomst en de
schuldbekentenis stilzwijgend bekrachtigd.
De akte houdende stille verpanding is op
dezelfde dag gesloten als de
huurovereenkomst en de

leningsovereenkomst en strekt ook tot
zekerheid voor uit de betreffende
overeenkomsten voortvloeiende
vorderingen van Bavaria op Die Twee i.o.
Bij de uitleg van de contractuele
verhouding tussen partijen komt het aan op
de zin die partijen in de gegeven
omstandigheden over en weer
redelijkerwijs van elkaar mochten
verwachten. Toepassing van deze maatstaf
brengt met zich dat Die Twee ook ten
aanzien van de akte houdende verpanding
moet worden beschouwd als partij die
gebonden moet worden geacht aan de op
naam van Die Twee i.o. aangegane rechten
en verplichtingen.

Ten aanzien van het beroep van Neijt op
art. 54 Fw stelt de rechtbank voorop dat de
strengere regels, die in de rechtspraak van de
Hoge Raad tot ontwikkeling zijn gekomen
ten aanzien van een beroep door een
kredietverstrekker op verrekening in het
zicht van faillissement van een
schuldenaar, niet voor toepassing in
aanmerking komen, indien een
kredietvertrekker die afstand heeft gedaan
van haar pandrecht in het kader van een
vrijwillige verkoop door de eigenaar, de
opbrengst van de (aanvankelijk) verpande
goederen met instemming van de verkoper
van de goederen rechtstreeks aan zich laat
voldoen. In dat geval gaat de vordering van
die kredietverstrekker – waaraan het
zekerheidsrecht was verbonden – immers
door betaling en niet door middel van
verrekening teniet. Bavaria heeft
gemotiveerd gesteld dat de betaling door
Groot Zeist voortvloeide uit tussen haar,
Groot Zeist en Die Twee gemaakte
afspraken. Die Twee heeft Groot Zeist ook
opdracht gegeven een betaling te verrichten
aan Bavaria. Bavaria heeft derhalve niet in
strijd met art. 54 Fw gehandeld.

Met Bavaria is de rechtbank van oordeel
dat geen sprake is van benadeling van de
overige schuldeisers. Door het prijsgeven
van haar pandrecht tegen betaling door een
derde van de vordering tot zekerheid

waarvan het pandrecht was verstrekt, is geen vermogensbestanddeel aan verhaal voor de overige crediteuren onttrokken, zodat van benadeling geen sprake is.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Bij vonnis van 31 mei 2006 is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Restaurant Die Twee B.V. (verder: “Die Twee”) in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. A.A.T. van Rens tot rechter-commissaris en aanstelling van eiser tot curator.

2.2. Die Twee is – blijkens het handelsregister – gevestigd op 1 april 2005 en opgericht op 25 april 2005. Enig aandeelhouder en bestuurder van Die Twee is mevrouw [aandeelhouder] (verder: “[aandeelhouder]”). De echtgenoot van [aandeelhouder], de heer [echtgenoot] (verder: “[echtgenoot]”) beschikt over een volledige volmacht om Die Twee te vertegenwoordigen.

2.3. Op 18 april 2005 heeft Bavaria een viertal overeenkomsten gesloten met de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Restaurant Die Twee B.V. i.o. (verder: “Die Twee i.o.”) en [echtgenoot] in privé. Het betreft een “Huurcontract B”, een “Bruikleenovereenkomst”, een “Schuldbekentenis” en een “Akte houdende stille verpanding huidige en toekomstige zaken”.

2.4. In de Schuldbekentenis staat vermeld, voor zover hier van belang:

Restaurant Die Twee B.V. i.o. (...)

Verklaart:

Door ondertekening van deze schuldbekentenis aan Bavaria (...) verschuldigd te zijn eenhonderdduizend euro (€ 100.000,=) zulks uit hoofde van door Bavaria aan kredietnemer ten behoeve van zijn handel en bedrijf verstrekte en/of voorgesloten gelden en/of geleverde goederen

Verbindt zich tot het volgende:

1. (...) Kredietnemer verbindt zich om voormelde door hem schuldig erkende hoofdsom aan genoemde N.V. te zullen restitueren, in maandelijkse termijnen van € 1.159,21, eerstmaal per 18 mei 2005, strekkende ter voldoening van de verschuldigde rente en in mindering der hoofdsom, en om inmiddels, eerst over het gehele bedrag der lening en daarna over het onafgeloste deel daarvan, aan Bavaria rente te zullen betalen, gerekend tegen 6,5% per jaar, ingaande de 18e april 2005.(...)

2. Onverminderde de uitoefening van de bevoegdheden door Bavaria die de wet haar toekent, is, voorzover het door Bavaria aan kredietnemer geleende geld nog niet volledig is terugbetaald, het restant van de nog te betalen termijnen inclusief rente en kosten, volledig en terstond opeisbaar (...) indien en op het moment dat:

– kredietnemer in verzuim is om binnen de daarvoor overeengekomen fatale termijnen, de termijnaflossingen inclusief de rente en kosten aan Bavaria te betalen;(...)

2.5. In de Akte houdende stille verpanding huidige en toekomstige zaken staat vermeld, voor zover hier van belang:

Ondergetekenden

1. Restaurant Die Twee B.V. i.o. (...)

2. Bavaria N.V.

(...)

Komen overeen:

1. Voor de vorderingen tot betaling van een geldsom die pandnemer (Bavaria) op pandgever (Die Twee i.o.) heeft en/of te eniger jegens pandgever verkrijgt en/of zal verkrijgen uit hoofde van de bruikleenovereenkomst(-en), de schuldbekentenis(-sen), de huurovereenkomst(-en), de drankenafnameovereenkomst danwel uit welke hoofde dan ook, vestigt pandgever door ondertekening van deze akte ten behoeve van pandnemer een stil pandrecht op alle aan pandgever in eigendom toebehorende roerende zaken, alsmede op alle roerende zaken waarvan pandgever in de toekomst eigendom zal verkrijgen, tezamen in het onderstaande aangeduid als de “Zaken”.(...)

2. Onder de Zaken zijn, zonder dat pandgever en pandnemer volledigheid met onderstaande opsomming beogen, in ieder geval begrepen de roerende Zaken zoals naar aard en plaats gespecificeerd in artikel 15 van deze overeenkomst.

(...)

15. De “Zaken” als bedoeld in de artikel 1 en 2 in bovengenoemde akte betreffende volgende Zaken:

De algehele bedrijfsinventaris, handelsnaam en goodwill (...).

2.6. Bij brief van 16 mei 2006 – gericht aan “de heer [echtgenoot], Die Twee B.V.” – gaat Bavaria over tot het opeisen van de verstrekte geldlening.

2.7. Op 18 mei 2006 verkoopt Die Twee haar activa en goodwill aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Groot Zeist Amusement B.V. (verder: “Groot Zeist”). Bavaria heeft ingestemd met de verkoop, naar eigen

zeggen op voorwaarde dat (een deel van) de koopprijs door Groot Zeist rechtstreeks aan haar wordt betaald. De koopprijs wordt bepaald op € 150.000,=. In de “Overeenkomst van koop en verkoop” staat verder vermeld, voor zover hier van belang:

Artikel 4

De overeenkomst komt tot stand door overname van het vigerende huurcontract van verkoper met Bavaria door koper in de stand die de naamloze vennootschap Bavaria in haar brief van 16 mei 2006 heeft vastgelegd.

2.8. Eveneens op 18 mei 2006 neemt de algemene vergadering van aandeelhouders van Die Twee het besluit het faillissement van Die Twee aan te vragen. Het faillissement wordt nog dezelfde dag op eigen aangifte aangevraagd. Bij de faillissementsaanvraag van Die Twee geeft [echtgenoot] als gevolmachtigde van [aandeelhouder] te kennen dat de totale schulden plus minus € 375.000,= bedragen en de totale baten plus minus € 150.000,=.

2.9. Op 19 mei 2006 wordt in een afrekenstaat vermeld dat Groot Zeist de koopsom van € 150.000,= betaalt door afbetaling c.q. overname van schulden aan Bavaria van Die Twee ter grootte van € 121.644,=, afbetaling van een noodlening van € 10.000,= en een contante betaling van Groot Zeist aan [echtgenoot] als vertegenwoordiger van Die Twee ad € 18.356,=.

2.10. Op 30 mei 2006 wordt een bedrag groot € 122.000,= ten gunste van Bavaria van de bankrekening van Groot Zeist afgeschreven.

2.11. Op 15 juni 2006 hebben Bavaria en Die Twee een afstandsverklaring getekend waarin partijen onder meer verklaren de huurovereenkomst met ingang van 1 juli 2006 als beëindigd te beschouwen.

3. Het geschil

3.1. Neijt q.q. vordert samengevat – een verklaring voor recht:

1 Primair: dat Die Twee geen partij is bij de op 18 april 2005 gesloten overeenkomsten;

2 Subsidiair: dat Bavaria in strijd met artikel 54 Fw van Groot Zeist een schuld aan Die Twee heeft overgenomen dan wel van Die Twee een vordering op Groot Zeist heeft overgenomen en dat Bavaria niet gerechtigd is deze vordering of schuld te voldoen door middel van verrekening;

3 Meer subsidiair: dat de betaling door Groot Zeist aan Bavaria in strijd is met artikel 20 Fw, althans met de paritas creditorum c.q. het fixatiebeginsel en dat Bavaria derhalve gehouden is aan Neijt q.q. af te dragen de ten onrechte ontvangen koopsom terzake de verkoop van de onderneming van Die Twee;

4 Nog meer subsidiair: dat de constructie zoals in de dagvaarding omschreven, waarbij de koopsom terzake de onderneming van Die Twee aan Bavaria wordt voldaan, althans een of meer tot die constructie behorende rechtshandelingen, terecht door Neijt q.q. is vernietigd op grond van artikel 42 of 47 Fw;

5 Uiterst subsidiair: dat Bavaria onrechtmatig heeft gehandeld jegens Neijt q.q. door haar betrokkenheid bij de constructie zoals in de dagvaarding omschreven, waarbij de koopsom terzake de onderneming van Die Twee aan Bavaria wordt voldaan en dat gedaagde gehouden is aan eiser de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden;

6 In alle gevallen: met veroordeling van Bavaria in de proceskosten alsmede de nakosten.

3.2. Bavaria voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, bij de bespreking van de vorderingen, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Primair

4.1. Neijt q.q. legt aan zijn primaire vordering ten grondslag dat de overeenkomsten van 18 april 2005, het “Huurcontract B”, de “Bruikleenovereenkomst”, de “Schuldbekentenis” en de “Akte houdende stille verpanding huidige en toekomstige zaken”, gesloten zijn tussen Bavaria en Die Twee i.o. en [echtgenoot]. Die Twee is geen partij geworden bij de overeenkomsten omdat de overeenkomsten niet door Die Twee uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn bekrachtigd. Daarnaast was het echtpaar [echtgenoot] eerst vanaf de datum van oprichting bevoegd Die Twee te vertegenwoordigen.

4.2. Bavaria verweert zich onder meer door erop te wijzen dat de overeenkomsten van 18 april 2005 alle door zowel [echtgenoot] als [aandeelhouder] zijn getekend. Vanaf de datum van oprichting heeft Die Twee zich steeds gedragen als contractant. De overeenkomsten moeten als één geheel worden gezien. [echtgenoot] heeft (namens Die Twee) in correspondentie steeds aangegeven dat de geldlening een lening van de vennootschap betrof. In de overeenkomst van 18 mei 2006 verklaart Die Twee met Bavaria een huurcontract te hebben. Bavaria heeft gefactureerd aan Die Twee en de lening op 16 mei 2006 opgeëist bij Die Twee. Hiertegen heeft Die Twee nooit geprotesteerd. Op grond van de Haviltex norm kan niet anders dan geconcludeerd worden dat de akte inzake verpanding (mede) is aangegaan door Die Twee.

4.3. Gezien de aard van de door Die Twee i.o. en Die Twee gedreven onderneming,

het feit dat bij beide vennootschappen dezelfde personen betrokken waren en de naam hetzelfde is gebleven, houdt de rechtbank het ervoor dat Die Twee een voortzetting is van Die Twee i.o.

4.4. Tussen partijen is niet in geschil dat de overeenkomsten (mede) zijn gesloten met Die Twee i.o. De rechtbank stelt voorop dat uit rechtshandelingen verricht namens Die Twee i.o. slechts rechten en verplichtingen voor Die Twee voortvloeien wanneer de betreffende rechtshandelingen na oprichting van Die Twee uitdrukkelijk of stilzwijgend door haar zijn bekrachtigd. Niet gebleken is dat er een uitdrukkelijke bekrachtiging heeft plaatsgevonden. Van een stilzwijgende bekrachtiging is sprake indien Die Twee na oprichting uitvoering aan de overeenkomsten heeft gegeven.

4.5. Door beide partijen wordt aangevoerd dat Die Twee heeft betaald voor huur en drankafname. Niet in geschil is derhalve dat door Die Twee na oprichting uitvoering is gegeven aan de huurovereenkomst.

4.6. Voor wat betreft de leningsovereenkomst (de “Schuldbekentenis”) is door Bavaria gesteld dat door Die Twee een bedrag van ongeveer € 5.000,- op de lening is afgelost. In de leningsovereenkomst (de “Schuldbekentenis”) is bepaald dat Die Twee i.o. maandelijks rente en aflossing dient te betalen. Tevens heeft Die Twee i.o. in de leningsovereenkomst schriftelijk verklaard een bedrag groot € 100.000,- te hebben geleend. De restvordering van Bavaria op Die Twee bedroeg op 15 mei 2006 een bedrag groot € 94.897,82. Daaruit is af te leiden dat Die Twee na oprichting diverse rente- en aflossingsbedragen aan Bavaria heeft voldaan. Op 18 mei 2006 wordt door Die Twee in haar overeenkomst met Groot Zeist voorts expliciet melding gemaakt van een schuld van Die Twee aan Bavaria.

4.7. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat Die Twee stilzwijgend het aangaan van de leningsovereenkomst door Die Twee i.o. heeft bekrachtigd door na haar oprichting verplichtingen uit hoofde van de leningsovereenkomst (en de huurovereenkomst) na te komen.

4.8. Uit de inhoud van de pandakte is af te leiden dat het pandrecht is gevestigd ten behoeve van (toekomstige) vorderingen uit hoofde van huurovereenkomsten, schuldbekentenissen en afname van drank die Bavaria op Die Twee i.o. heeft of zal verkrijgen. Die Twee heeft de huurovereenkomst en de schuldbekentenis stilzwijgend bekrachtigd. De akte houdende stille verpanding is op dezelfde dag gesloten als de huurovereenkomst en de leningsovereenkomst en strekt ook tot zekerheid voor uit de betreffende overeenkomsten voortvloeiende vorderingen van Bavaria op Die Twee i.o.

4.9. Bij de uitleg van de contractuele verhouding tussen partijen komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Toepassing van deze maatstaf brengt met zich dat Die Twee ook ten aanzien van de akte houdende verpanding moet worden beschouwd als partij die gebonden moet worden geacht aan de op naam van Die Twee i.o. aangegane rechten en verplichtingen.

4.10. Uit het voorgaande vloeit voort dat de primaire vordering van de curator voor afwijzing gereed ligt.

Subsidiair en meer subsidiair

4.11. Neijt q.q. legt aan zijn subsidiaire en meer subsidiaire vordering onder meer ten grondslag dat sprake is van verrekening

door Bavaria van een na faillietverklaring verkregen schuld aan Die Twee met een vordering van voor de datum van faillietverklaring. Op grond van artikel 54 lid 1 Fw moet Bavaria beschouwd worden als een niet te goeder trouw handelende partij. Zij was immers van de slechte financiële situatie van Die Twee op de hoogte en wist dat overige crediteuren niet konden worden voldaan uit de koopprijs. De betaling van Groot Zeist aan Bavaria heeft verder plaatsgevonden op of na 31 mei 2006, dus na faillietverklaring en valt derhalve onder het faillissementsbeslag.

4.12. Bavaria verweert zich door aan te voeren dat geen sprake is van schuldoverneming. Tussen drie partijen – Die Twee, Groot Zeist en Bavaria – is een afspraak gemaakt dat een deel van de door Groot Zeist verschuldigde koopsom rechtstreeks aan Bavaria moest worden voldaan ter voldoening van de schuld van Die Twee aan Bavaria. Bavaria heeft afstand gedaan van haar pandrecht onder de opschortende voorwaarde dat de koopprijs van de verpande goederen rechtstreeks aan haar zou worden voldaan. Bavaria heeft in feite betaling verkregen op grond van haar pandrecht. De betaling heeft plaatsgevonden voor faillissement, omdat het tijdstip van creditering zoals door Neijt q.q. aangeduid niet maatgevend is voor de vaststelling van het moment van betalen.

4.13. Neijt q.q. meent allereerst dat sprake is van een betaling ex artikel 6:30 BW. In dat geval meent Neijt q.q. dat op grond van artikel 6:36 BW Bavaria gehouden is het ontvangen bedrag aan de boedel af te dragen. De rechtbank is van oordeel dat Neijt q.q. geen beroep op artikel 6:36 BW toekomt, omdat geen sprake is van één van de gevallen waar artikel 6:36 BW op ziet, te weten de situaties zoals bedoeld in artikel 6:34 BW of 6:35 BW.

4.14. Voor het geval er geen sprake is van een betaling ex artikel 6:30 BW, beroept Neijt q.q. zich op schuldoverneming en

verrekening in de zin van artikel 54 Fw. Ten aanzien van dit beroep van Neijt q.q. stelt de rechtbank voorop dat de strenge regels die in de rechtspraak van de Hoge Raad tot ontwikkeling zijn gekomen ten aanzien van een beroep door een kredietverstrekker op verrekening in het zicht van faillissement van een schuldenaar (vgl. o.m. HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104) niet voor toepassing in aanmerking komen indien een kredietverstrekker die afstand heeft gedaan van haar pandrecht in het kader van een vrijwillige verkoop door de eigenaar de opbrengst van de (aanvankelijk) verpande goederen met instemming van de verkoper van de goederen rechtstreeks aan haar laat voldoen (vgl. HR 19 november 2004, NJ 2005, 199 ((*ING/Gunning q.q.*), «JOR» 2005/19, m.nt. Steneker;*red.*)). In dat geval gaat de vordering van die kredietverstrekker – waaraan het zekerheidsrecht was verbonden – immers door betaling en niet door middel van verrekening teniet (vgl. Hof Arnhem 21 maart 2006, JOR 2006/140).

4.15. Bavaria heeft gemotiveerd gesteld dat de betaling door Groot Zeist voortvloeide uit tussen haar, Groot Zeist en Die Twee gemaakte afspraken. Die Twee heeft Groot Zeist ook opdracht gegeven een betaling te verrichten aan Bavaria. Neijt q.q. heeft het bestaan van de door Bavaria gestelde afspraak niet dan wel onvoldoende betwist. Bavaria heeft derhalve niet in strijd met artikel 54 Fw gehandeld.

4.16. Naar het oordeel van de rechtbank kan voorts in het midden blijven of de betaling door Groot Zeist aan Bavaria vóór dan wel na faillissement is verricht. Ook indien er sprake zou zijn van een betaling die na faillissement is voltooid, kan de door Neijt q.q. ingestelde vordering niet slagen.

4.17. De rechtbank is van oordeel dat in het onderhavige geval Groot Zeist zich heeft verplicht de vordering in plaats van Die Twee te voldoen. Bavaria heeft gesteld, wat

door Neijt q.q. niet dan wel onvoldoende is betwist, dat zij met deze schuldovername heeft ingestemd, zij het voorwaardelijk. Dit brengt met zich dat Bavaria bevoegd was een betaling na faillissement door Groot Zeist in mindering te doen strekken op haar vordering op Die Twee. Groot Zeist heeft immers met de betaling een eigen schuld jegens Bavaria voldaan.

4.18. Ten overvloede merkt de rechtbank nog op dat ook indien de betaling als een afgekorte betaling ex artikel 6:30 BW moet worden beschouwd, de boedel geen aanspraken op de koopsom kan doen gelden. De paritas creditorum of het fixatiebeginsel is dan niet in het geding. De betaling is immers niet ten laste van de boedel geschied. De betaler, Groot Zeist, beoogde ook geen betaling aan Die Twee, maar een betaling aan Bavaria.

4.19. De subsidiaire en meer subsidiaire vordering van Neijt q.q. zullen derhalve worden afgewezen.

Nog meer subsidiair, beroep op Pauliana

4.20. Neijt q.q. stelt de afspraak tussen Die Twee en Groot Zeist dat Groot Zeist een deel van de koopsom aan Bavaria moest voldoen vernietigd te hebben. De betreffende afspraak tussen Die Twee, Bavaria en Groot Zeist is onverplicht geweest. De betreffende betalingsverplichting vloeit immers niet voort uit de koopovereenkomst tussen Die Twee en Groot Zeist. Die Twee was ook niet verplicht de koopsom (deels) aan Bavaria te laten betalen. Ook indien wel sprake zou zijn van een verplichte rechtshandeling/voldoening aan een opeisbare schuld is Bavaria gehouden het door haar ontvangen bedrag aan de boedel af te dragen. Bavaria heeft bewerkstelligd dat zij bevoordeeld is boven de andere schuldeisers.

4.21. Met Bavaria is de rechtbank van oordeel dat geen sprake is van benadeling van de overige schuldeisers. In de akte houdende verpanding is als artikel 3 een verbod opgenomen de verpande goederen te vervreemden zonder toestemming van Bavaria. De verpande goederen worden in artikel 15 nader bepaald op “de algehele bedrijfsinventaris, handelsnaam en goodwill”. De verpanding had derhalve betrekking op meer dan alleen de inventaris. Bavaria stelt – hetgeen door Neijt q.q. niet dan wel onvoldoende wordt betwist – dat zij slechts toestemming wilde geven voor verkoop (alsmede afstand doen van haar pandrecht) onder de opschortende voorwaarde dat Groot Zeist een deel van de koopsom rechtstreeks aan Bavaria zou betalen. Door het prijsgeven van haar pandrecht tegen betaling door een derde van de vordering tot zekerheid waarvan het pandrecht was verstrekt, is geen vermogensbestanddeel aan verhaal voor de overige crediteuren onttrokken, zodat van een benadeling geen sprake is.

Uiterst subsidiair: onrechtmatige daad

4.22. Uiterst subsidiair beroept Neijt q.q. zich op artikel 6:162 BW. Neijt q.q. stelt dat Bavaria misbruik heeft gemaakt van haar kennis van de onderneming en dat Bavaria [echtgenoot] als hoofdelijk verbonden schuldenaar mede kon aanspreken.

4.23. Bavaria verweert zich door erop te wijzen dat indien een beroep op artikel 42 of 47 Fw niet slaagt er sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden wil een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad kunnen slagen. Deze bijzondere omstandigheden zijn er niet.

4.24. De rechtbank is van oordeel dat juist is het verweer van Bavaria dat van bijzondere omstandigheden sprake moet zijn, wil een beroep op artikel 6:162 BW wel slagen, terwijl een op dezelfde feiten

en omstandigheden gebaseerd beroep op artikel 42 dan 47 Fw faalt. De door Neijt q.q. gestelde feiten en omstandigheden zijn onvoldoende om deze te kunnen kwalificeren als bijzondere omstandigheden die een succesvol beroep op artikel 6:162 BW mogelijk maken. Het enkele feit dat Bavaria meer wetenschap had van de financiële situatie van Die Twee dan een gemiddelde crediteur is begrijpelijk omdat Bavaria tevens optrad als financier van Die Twee. De betrokkenheid van Bavaria bij de verkoop van de onderneming is gelet op haar positie als pandnemer evenmin onbegrijpelijk. De verklaring van [echtgenoot] geeft de rechtbank ook geen aanknopingspunten om aan te nemen dat Bavaria [echtgenoot] op onrechtmatige wijze onder druk heeft gezet. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat Bavaria niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens Neijt q.q.

Conclusie

4.25. De vorderingen van Neijt q.q. zullen worden afgewezen.

4.26. Neijt q.q. zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De door Bavaria gevorderde veroordeling in de nakosten moet echter worden afgewezen, nu in artikel 237 lid 4 Rv voor het verhaal van deze kosten een bijzondere procedure is voorgeschreven. (...; *red.*)

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Neijt q.q. in de proceskosten (...; *red.*),

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

» Noot

1. Pand- en hypotheekrechten kunnen worden uitgewonnen door middel van openbare of onderhandse executoriale verkoop van de verbonden goederen (art. 3:250, 3:251 en 3:268 BW). Executoriale verkoop kent echter in ieder geval twee nadelen. Het eerste is dat de executiewaarde van goederen normaal gesproken lager is dan de marktwaaarde. Een tweede mogelijk nadeel is dat, wanneer andere schuldeisers van de pand- of hypotheekgever er lucht van krijgen dat de pand- of hypotheekhouder tot executie is overgegaan, dit tot effect kan hebben dat die andere schuldeisers ook tot executie- en verhaalsacties overgaan, terwijl zij daar anders misschien nog mee hadden gewacht. Een faillissement dat anders misschien nog te voorkomen was geweest, kan daardoor toch onafwendbaar worden.

2. Vanwege de twee hiervóór genoemde nadelen van executoriale verkoop zijn in de praktijk constructies ontwikkeld waarbij pand- of hypotheekrechten op niet-executoriale wijze worden uitgewonnen. Bij die constructies worden de verbonden goederen niet door de pand- of hypotheekhouder (hierna: de bank), maar min of meer vrijwillig door de pand- of hypotheekgever (hierna: de verkoper) verkocht en geleverd aan een koper, waarbij de bank bereid is afstand te doen van haar pand- of hypotheekrechten onder de opschortende voorwaarde dat met de koopprijs de vordering van de bank op de verkoper geheel of gedeeltelijk wordt afgelost. Met laatstbedoeld oogmerk wordt vaak afgesproken dat de koopprijs moet worden betaald op de rekening van de verkoper bij de bank. Uitgangspunt is dan echter dat door de bijschrijving van de koopprijs een schuld ontstaat van de bank aan de verkoper. De vordering van de bank op de verkoper kan dan alleen door verrekening met die schuld tenietgaan. Wanneer de bijschrijving van de koopprijs plaatsvindt in het zicht van of tijdens het

faillissement van de verkoper, kunnen art. 53 en/of 54 Fw aan deze verrekening in de weg staan. Het feit dat de bijschrijving plaatsvindt in het kader van een constructie als hiervóór omschreven, maakt dit niet anders. In HR 23 april 1999, «JOR» 1999/109, m.nt. H.L.E. Verhagen (Wollie) wordt zulks bevestigd in een zaak waarin het ging om verpande roerende zaken en om verrekening tijdens faillissement. In HR 19 november 2004, «JOR» 2005/19, m.nt. A. Steneker (ING/Gunning q.q.) besliste de Hoge Raad in dezelfde zin in een zaak waarin het ging om verhypothekerde onroerende zaken en om verrekening in het zicht van faillissement. In r.o. 3.11 van laatstgenoemd arrest noemt de Hoge Raad twee manieren waarop de koopprijs ook in het zicht van of tijdens faillissement aan de bank ten goede kan komen. De eerste mogelijkheid betreft verpanding van de vordering tot betaling van de koopprijs aan de bank. Wanneer de koper daarna in het zicht van of tijdens faillissement van de verkoper betaalt op de rekening van de verkoper bij de bank, is de bank bevoegd tot verrekening, omdat het een betaling betreft op een aan de bank verpande vordering. Zie HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN). De tweede mogelijkheid is dat de koper de koopprijs niet aan de verkoper betaalt, maar rechtstreeks aan de bank. In dat geval komen we aan verrekening niet toe. De verrekeningsregels kunnen dus ook niet aan deze betaling in de weg staan.

3. In de zaak die heeft geleid tot het hiervóór onder «JOR» 2008/117 opgenomen vonnis van de Rechtbank Utrecht is van de laatstgenoemde mogelijkheid gebruik gemaakt, zij het dat de zekerheidsgerechtigde geen bank was. In deze zaak heeft Die Twee goederen die aan Bavaria waren verpand, verkocht en geleverd aan Groot Zeist. Bavaria heeft hiermee ingestemd en heeft afstand gedaan van haar pandrechten onder de opschortende voorwaarde dat de koopprijs rechtstreeks aan haar zou worden voldaan.

Eén dag vóór faillietverklaring van Die Twee wordt de koopprijs (gedeeltelijk) door Groot Zeist aan Bavaria betaald. De rechtbank overweegt in r.o. 4.14 terecht dat de strenge regels die gelden bij een beroep op verrekening in het zicht van faillissement, in dit geval niet voor toepassing in aanmerking komen omdat de vordering van Bavaria op Die Twee door betaling en niet door verrekening tenietgaat. Het wekt daarom verwondering dat de rechtbank in r.o. 4.15 toch op grond van een verdere inhoudelijke toetsing aan de vereisten van art. 54 Fw tot het oordeel komt dat Bavaria niet in strijd met dat artikel heeft gehandeld. In r.o. 4.21 wijst de rechtbank voorts terecht het beroep van de curator van Die Twee op de actio Pauliana (art. 42 en 47 Fw) af omdat geen sprake is van benadeling van overige schuldeisers. De beoordeling of een rechtstreekse betaling aan de pandhouder in een geval als het onderhavige paulianeus is, is een wezenlijk andere dan de beoordeling of, wanneer op een rekening van de pandgever bij de pandhouder wordt betaald, verrekening van dat bedrag in strijd is met art. 54 Fw, omdat bij rechtstreekse betaling aan de bank, anders dan bij verrekening, geen vermogensbestanddeel van de pandgever aan verhaal door andere schuldeisers wordt onttrokken. Rechtstreekse betaling aan de pandhouder is in een geval als het onderhavige niet paulianeus, omdat het samenstel van handelingen in het kader waarvan de betaling plaatsvindt, niet nadelig is voor andere schuldeisers. Vgl. N.E.D. Faber, Verrekening (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 33, Deventer: Kluwer 2005, p. 399. Om dezelfde reden zal ook de andere door de Hoge Raad in het arrest ING/Gunning q.q. aangewezen weg van verpanding van de vordering tot betaling van de koopprijs, in dit kader normaal gesproken niet paulianeus zijn.

4. In de zaak die heeft geleid tot het hiervóór onder «JOR» 2008/116 opgenomen vonnis van de Rechtbank

Amsterdam werd eenzelfde constructie van niet-executoriale uitwinning van zekerheden toegepast door een hypotheekhouder die wél een bank was, en vond betaling van de koopprijs vóór faillissement van de verkoper plaats op de rekening van de verkoper bij de bank. De vraag was aan de orde of deze betaling op de rekening van de verkoper in de gegeven omstandigheden kan worden aangemerkt als een rechtstreekse betaling aan de bank. Uitgangspunt moet zijn dat betaling van een koopprijs door een koper op een bankrekening van de verkoper een betaling is van de koper aan de verkoper en niet een betaling van de koper aan de bank. Uit r.o. 3.6 van het arrest ING/Gunning q.q. kan worden afgeleid dat de Hoge Raad het mogelijk acht dat de bijschrijving van een bedrag op een bankrekening van de verkoper een rechtstreekse betaling oplevert van de koper aan de bank, wanneer aan drie vereisten is voldaan. Ten eerste moet tussen de verkoper en de bank een overeenkomst (dan wel een partijbedoeling) bestaan dat de betaling van de koopprijs op de rekening van de verkoper bij de bank heeft te gelden als een rechtstreekse betaling aan de bank. De vordering tot betaling van de koopprijs is immers een vordering van de verkoper op de koper. De koper kan de koopprijs aan de verkoper betalen door middel van bijschrijving van het verschuldigde bedrag op een bankrekening van de verkoper (art. 6:114 lid 1 BW). Nu de verkoper exclusief beschikkingsbevoegd is over zijn vordering op de koper, is in ieder geval de toestemming van de verkoper vereist wil de koper bevrijdend aan een derde (de bank) kunnen betalen. Vgl. Hof Arnhem 21 maart 2006, «JOR» 2006/140 (Quality Ice Cream), r.o. 4.5; het onderhavige vonnis van de Rechtbank Amsterdam, r.o. 5.4; en Faber, diss., p. 397-398. Ten tweede dient de verkoper aan de koper opdracht te geven tot rechtstreekse betaling aan de bank. Wanneer het een verkoop van registergoederen betreft en betaling plaatsvindt via de notaris, dient deze

opdracht te worden gegeven aan de notaris. Ten derde vereist de Hoge Raad dat de koper dan wel de notaris ook “daadwerkelijk” aan de bank betaalt. Het is niet geheel duidelijk hoe bij betaling op een rekening van de verkoper bij de bank, aan dit vereiste moet worden voldaan. In ieder geval lijkt van belang dat degene die betaalt, de bedoeling heeft om te betalen aan de bank. Vgl. S.E. Bartels, De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen (diss. Utrecht), 's-Gravenhage: BJU 2004, p. 141-142, die verwijst naar HR 10 oktober 2003, «JOR» 2003/290 (ING/Van Horssen q.q.); en H.W. Heyman, WPNR 6652 (2006), p. 78-80. Voorts lijkt voor “daadwerkelijke” betaling aan de bank vereist dat de bedoeling van de betaler om aan de bank te betalen, kenbaar is, bijvoorbeeld uit de omschrijving die bij de betalingsopdracht wordt vermeld.

5. Gelet op de hiervóór genoemde eisen moet grote voorzichtigheid worden betracht bij het construeren van een niet-executoriale uitwinning van zekerheden. In het arrest ING/Gunning q.q. ging de bank onderuit, omdat niet bewezen werd geacht dat de betaling door de notaris op de rekening van de verkoper bij de bank “mede in het licht van hetgeen tussen de bank, Ede en Veenendaal [de verkopers; AS] is overeengekomen omtrent die betaling, naar de bedoeling van die partijen heeft te gelden als een betaling van de koopsom aan de bank” (r.o. 3.6). Weliswaar had “ook de bank zelf aan de notaris geschreven dat zij ‘slechts bereid was tot royement van haar hypotheekrechten indien de notaris de koopsommen aan haar zou betalen door storting op de rekening van [Ede] [de verkoper; AS] bij haar’.” (curs. AS), maar omdat de overeenkomst tussen de verkoper en de bank niet bewezen werd geacht, kon dit de bank niet baten. Concrete gevallen van niet-executoriale verkoop van verpande of verhypothekeerde zaken gecombineerd met rechtstreekse betaling van de koopprijs aan de bank door middel van bijschrijving

daarvan op een rekening van de verkoper bij de bank in het zicht van of tijdens het faillissement van de verkoper, zijn al wel geldig bevonden door het Hof Arnhem 21 maart 2006, «JOR» 2006/140 (Quality Ice Cream) en door de Rechtbank Amsterdam in het onderhavige vonnis, maar vooralsnog niet door de Hoge Raad. De bedragen die ermee gemoeid zijn, zijn meestal te groot om risico's te nemen. Wanneer partijen zeker willen weten dat de constructie stand houdt in het zicht van of tijdens het faillissement van de verkoper, doen zij er verstandig aan de koopsom te doen bijschrijven op een rekening van de bank zelf of de vordering van de verkoper op de koper tot betaling van de koopprijs te verpanden aan de bank.

A. Steneker, universitair docent burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht)